

ACCIDENTES AÉREOS Y *FORUM NON CONVENIENS*. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL ASUNTO HONEYWELL EN ESPAÑA

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 07.06.2012 / Aceptado: 15.06.2012

Resumen: El objeto de este trabajo no es otro sino analizar las posibles repercusiones que la Sentencia del JPI núm. Barcelona, de 3 de marzo de 2010, en el asunto *Honeywell* pueda tener en la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU en un ámbito muy concreto: los accidentes de aviación y la responsabilidad no contractual por productos defectuosos. Para ello no sólo será necesario examinar esta figura propia del mundo anglosajón sino también todas aquellas cuestiones de Derecho internacional privado, presentes en esta resolución, tales como la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de este tipo de litigios, la determinación del Derecho aplicable a los mismos así como el *statu quo* actual respecto a la aplicación del Derecho extranjero por parte de las órganos jurisdiccionales españoles. Y todo ello, con el único fin de poner de manifiesto como los actuales instrumentos legales comunitarios de DIPr., están al servicio de los aspectos más negativos de la tan alabada doctrina del *forum non conveniens* actualmente en Europa.

Palabras clave: accidentes aéreos, *forum non conveniens*, responsabilidad no contractual por productos, Reg. 44/2001, Reglamento Roma II, Convenio de La Haya de 1973, Derecho extranjero.

Abstract: The aim of this study is to analyze the possible impact of the First Instance Court Number 34 of Barcelona, Decision March 3, 2010, in Case Honeywell may have on the doctrine of *forum non conveniens* in the U.S. in a very specific area: aircraft accidents and non-contractual liability for defective products. This will require not only consider this typical institution of anglo-saxon world but also all matters of private international law present in this resolution, such as the international jurisdiction of Spanish courts to hear such disputes, the choice of law applicable to them as well as the *statu quo* regarding the application of foreign law by the Spanish courts. This, with the sole purpose of highlighting how the current european community legal instruments of private international law, serve more negative aspects of the so lauded doctrine of *forum non conveniens* in Europe today.

Key words: aircraft accidents, *forum non conveniens*; Product Liability, Regulation 44/2001, Rome II Regulation, Hague Product Liability Convention, Foreign Law.

Sumario: I. Introducción. II. El asunto Honeywell: hechos y cuestiones jurídicas planteadas. II. Competencia judicial internacional y responsabilidad no contractual por productos defectuosos. 1. La doctrina del *forum non conveniens* en EEUU. 2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. IV. Derecho aplicable y responsabilidad no contractual por productos defectuosos. 1. El Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. 2. Reglamento Roma II y responsabilidad por productos. V. Aplicación del Derecho extranjero por parte de los Tribunales españoles. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. En los últimos años la doctrina del *forum non conveniens* en los Estados Unidos se ha convertido en todo un clásico en el ámbito de los accidentes de aviación¹. En virtud de la misma los tribunales norteamericanos pueden rechazar su competencia judicial para conocer de un determinado litigio por existir una jurisdicción mejor situada para resolver el mismo². El supuesto típico es el siguiente: demandantes extranjeros, familiares de las víctimas de una tragedia aérea que reclaman responsabilidad civil a empresa/s con domicilio en los Estados Unidos de Norteamérica. En tales casos, tal y como se expondrá más adelante, existen altas posibilidades de que los tribunales norteamericanos rechacen su competencia, debiendo los demandantes por tanto acudir a la jurisdicción de otro Estado que muy posiblemente termine aplicando un Derecho más beneficioso para las empresas norteamericanas.

2. Recientemente los tribunales españoles, en concreto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, ha dictado una sentencia, con fecha de 3 de marzo de 2010, que trae causa de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU³. La importancia de la misma radica, entre otros extremos, en la posible repercusión que la aplicación del Derecho norteamericano al caso concreto pueda tener sobre el *forum non conveniens* al otro lado del Atlántico.

De ahí que el objeto de este trabajo no sea otro sino el de detenernos, partiendo de los hechos que sustentan la *litis*, en aquellas cuestiones que, a parte de la anteriormente mencionada, hacen referencia al núcleo duro del Derecho internacional privado en una materia muy concreta: la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos, como son: la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este tipo de litigios; el Derecho aplicable a los mismos y la aplicación del Derecho extranjero por parte de las autoridades del foro.

II. El asunto Honeywell: hechos y cuestiones jurídicas planteadas

3. Los hechos de los que trae causa la sentencia objeto de este estudio son como siguen: El 1 de julio de 2002, a las 21 horas y 35 minutos, se estrelló en las proximidades de *Überlingen/Lago Constanza* (Alemania), el avión Tupolev modelo TU-154M, explotado por la compañía aérea *Bashkirian Airlines* (en lo sucesivo, BAL), en su vuelo charter internacional con origen en Moscú (Rusia) y destino final en Barcelona (España). El accidente se produjo al colisionar esta aeronave durante su vuelo con otro avión, un Boeing modelo B757-200, explotado por la compañía *DHL Airways* (en lo sucesivo, DHL). En el primer avión viajaban sesenta y nueve personas (doce tripulantes y cincuenta y siete pasajeros, en su mayoría niños y jóvenes), todas las cuales fallecieron, y entre las que se encontraban los familiares de los ahora demandantes.

Ambas aeronaves contaban con un TACS o *Traffic Alert and Collision Avoidance System* (Sistema de alerta de tráfico y aviso de colisión). Dicho dispositivo de seguridad, obligatorio en la aviación comercial actual, advierte a las tripulaciones de posibles tráficos conflictivos y en caso de peligro, emite órdenes de evasión (RA o *Resolution Advisory*)⁴. El TACS del Boeing operado por DHL, que despegó de Bergamo (Italia) con destino a Bruselas (Bélgica), emitió una alarma TA (*Traffic Advisory*): «*traffic, traffic*», y 14 segundos después, un RA (*Resolution Advisory*): «*descend, descend*». Simultáneamente,

¹ Ejemplos recientes de esta *praxis* no faltan, *vid.*, entre otros: *Claisse v. The Boeing Co*, No. 09 C 3722, Slip op.(N.D.III. Sept. 28, 2010); *In re Air Crash Disaster over the Mid-Atlantic on June 1, 2009*, MDL No.10-2144-CRB, Slip op. (N.D. Cal. Oct. 4, 2010),

² *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

³ Ha sido posible acceder al texto íntegro de dicha sentencia, cuya extensión supera los 150 folios, gracias a la colaboración de la abogada Mónica HERVERA IGLESIAS del *Bufete* de Abogados Lebrero & Co.

⁴ El TACS funciona normalmente en coordinación con el mismo dispositivo de la aeronave potencialmente en conflicto, de tal manera que en caso de trayectorias potencialmente concurrentes uno de los dispositivos ordena a la tripulación de ascender y el otro dispositivo ordena a la otra aeronave que descienda, con el objeto de aumentar la separación vertical, todo ello mediante avisos resolutorios (RA). Si a pesar de las instrucciones emitidas, las aeronaves persisten en su trayectoria de colisión, el sistema invierte la instrucción mediante lo que se denomina un «*reversal RA*», invirtiendo la orden previamente dada.

el TACS del Tupolev generó un TA «*traffic, traffic*», y pocos segundos después un RA «*climb, climb*». No obstante, el controlador aéreo de Zurich (Suiza) había ordenado segundos antes a este último avión que descendiera. Ante esta información contradictoria, la tripulación del Tupolev decidió descender y fue entonces cuando se produjo la colisión.

El Informe de la investigación oficial del accidente publicado por el BFU (Oficina Federal Alemana para la Investigación de Accidentes Aéreos) estableció como causas inmediatas del accidente dos: 1) el controlador aéreo en Suiza, que había sido contratado por la compañía privada *Skyguide*, no advirtió a tiempo la separación mínima entre los dos aviones. 2) La tripulación del Tupolev siguió la instrucción del controlador de descender y continuó haciéndolo aún después de que la instrucción del TACS le ordenara ascender⁵.

4. El 20 de abril de 2007, los familiares de las víctimas del accidente interpusieron demanda ante los tribunales españoles, concretamente ante el JPI núm. 34 de Barcelona, en reclamación de responsabilidad contra *Honeywell Internacional Inc.*, (en adelante, Honeywell) y *Aviation Communication & Surveillance Systems* (en adelante, ACSS) dos empresas con domicilio en EEUU, en cuanto diseñadoras, fabricantes, vendedoras, distribuidoras y/o responsables del servicio de información, técnico y postventa de los sistemas de seguridad TCAS (*Traffic Collision Avoidance System*) con los que estaban equipados ambos aparatos siniestrados.

Según la parte actora, el sistema TACS adolecía de tres defectos, a saber: 1) el TACS no invirtió las órdenes (*Reversal RA*) cuando debió de hacerlo, y sin embargo no lo hizo, por razones intrínsecas al diseño del mismo, lo que significa que el dispositivo no cumplía los requerimientos mínimos establecidos por la Aviación Civil Americana (FAA), de modo que de haberse producido el «*reversal RA*» el accidente, con toda probabilidad no se hubiera producido; 2) El *software* del dispositivo era defectuoso, limitaba la operatividad del aparato. Hecho éste que los fabricantes sabían desde 1995, y que sin embargo no corrigieron a tiempo. 3) A pesar de que la regulación internacional indica claramente que los avisos RA de los TACS son obligatorios y que en caso de conflicto entre un RA y una orden de tráfico aéreo, como fue el caso, la tripulación debe siempre seguir la instrucción recibida del TACS, el Manual del Piloto del TCAS, elaborado por los codemandados, no realiza esta indicación, no quedando pues claro tras su lectura la prioridad en caso de órdenes conflictivas⁶.

Por todo ello, los demandantes ejercen respecto a la codemandada ACSS, conforme al Derecho del Estado de Arizona, Derecho aplicable según esta parte en virtud del Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (en adelante, CH), dos acciones: la acción por muerte injusta (*wrongful death*) por la que se reclama una indemnización por daños pecuniarios (*economic damages*) y no pecuniarios (*non-economic damages*) y la acción por daños punitivos (*punitive damages*). Contra la codemandada Honeywell ejercen —conforme al Derecho del Estado de *New Jersey*, donde dicha empresa tiene su establecimiento principal—, tres acciones: la acción por muerte injusta (*wrongful death*) por la que se reclama una indemnización por daños pecuniarios (*economic damages*), la acción de supervivencia (*survival damages*) y la acción de daños punitivos (*punitive damages*).

Los codemandados se oponen a la demanda aduciendo, entre otros, los siguientes argumentos: a) falta de legitimación activa de los actores, por no haber probado su condición de legatarios conforme al Derecho aplicable, esto es, el Derecho ruso en virtud del art. 9.8 Cc español⁷. b) En cuanto a la Ley aplicable al fondo del asunto, alegan que no es de aplicación el Convenio de La Haya por no cumplirse su ámbito de aplicación material⁸. Por tanto, habrá que acudir al art. 10.9.1 Cc que establece que las obligaciones no

⁵ La investigación también identificó causas sistemáticas que contribuyeron al accidente, incluyendo la falta de estandarización y escasa integración del TACS en los sistemas de control de tráfico aéreo así como instrucciones de manejo inadecuadas por parte de los fabricantes del TACS.

⁶ De estos tres defectos solo se consideró probado en juicio el tercero.

⁷ Según la demanda actúan como representantes/administradores/ ejecutores de la masa hereditaria de cada uno de sus familiares fallecidos, es decir, como herederos *ab intestato* de sus parientes fallecidos, si bien la parte actora no ha probado, de acuerdo con la legislación rusa a la que remite el art. 9. 8 Cc español para la sucesión *mortis causa*, tal extremo.

⁸ Los demandados sustentan este argumento en dos razones: 1ª) El TACS no es un producto defectuoso en el sentido del Convenio de La Haya de 1973, en tanto que para ser considerado así debe probarse que el daño sufrido ha sido causado por un

contractuales se registrarán por «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven». Según los demandados, el Derecho alemán,—país donde tuvo lugar el accidente—. c) En el supuesto de que fuese de aplicación el Convenio de la Haya, no sería aplicable al caso ni el Derecho del Estado de Arizona ni el Derecho del Estado de *New Jersey* sino la legislación rusa de conformidad con el art. 5 b) del citado texto convencional. d) Sin embargo, ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero procedería la desestimación de la demanda o alternativamente la aplicación del Derecho español. e) Subsidiariamente y para el supuesto de que no se desestimara la demanda, se oponen al fondo del asunto por considerar que el sistema TACS funcionó a la perfección y que el Manual de Piloto era suficientemente claro.

III. Competencia judicial internacional y responsabilidad no contractual por productos defectuosos

5. El transporte aéreo de pasajeros constituye *per se* una operación comercial intrínsecamente internacional. Los hechos que se acaban de exponer así lo demuestran. El supuesto presenta conexiones con diversos Estados: Rusia, Alemania, Suiza, EEUU y España. De todos ellos, el que presenta menos vínculos con el caso es nuestro país —lugar de destino de uno de los aviones siniestrados—. Cabe preguntarse, por tanto, cómo y por qué los familiares de las víctimas terminan reclamando responsabilidad extracontractual por los daños causados por un producto defectuoso a dos empresas norteamericanas ante los tribunales españoles.

La respuesta a este interrogante se encuentra en la doctrina del *forum non conveniens*, figura esta que pasamos seguidamente a analizar⁹. Pero, en cualquier caso, y una vez hecho esto, habrá que determinar en que casos los tribunales españoles son o no competentes para conocer de este tipo de litigios.

1. La doctrina del *forum non conveniens* en EEUU

6. En la sociedad actual, altamente globalizada, el demandante puede litigar ante una diversidad de foros. Y ante esta situación el demandado, en principio, no puede defenderse. Para corregir esta disfunción algunos países del *common law*, entre ellos EEUU, han desarrollado diversos mecanismos que sirven al demandado para combatir la elección de foro hecha por el demandante¹⁰.

7. La doctrina del *forum non conveniens* surge en este contexto con la finalidad de otorgar al juez un poder discrecional en virtud del cual decide si asume o rechaza el ejercicio de su competencia para entrar a conocer del litigio. En realidad se trata de un expediente que, en principio, sirve para corregir el foro o criterio de competencia judicial internacional en un caso concreto, dada la escasa vinculación de las partes o el litigio con el territorio donde se presenta la demanda¹¹.

defecto del producto o por una inadecuada descripción del mismo o de su modo de empleo. 2ª) El TACS no ha provocado el resultado dañoso.

⁹ Ya en el año 2004, los familiares de los pasajeros rusos fallecidos, en su mayoría niños, interpusieron diversas demandas en varios Estados de EE UU contra todas las empresas implicadas en la fabricación del TACS, entre ellas Honeywell y ACSS. Por acuerdo entre las partes, los demandantes unificaron todas estas reclamaciones en una única demanda ante el *U.S. District Court of New Jersey*. Inmediatamente los demandados —todos, empresas con domicilio en US— alegaron el *forum non conveniens*, esto es, solicitaron al tribunal norteamericano rechazara su competencia judicial internacional para entrar a conocer de este litigio por existir un foro alternativo mejor situado para resolver el mismo —en nuestro caso, España—. Por sentencia de 5 de julio de 2005, el *US District Court* admitió el FNC, rechazando su competencia a favor de los tribunales españoles. *Faat v. Honeywell Int'l Inc.*, No. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005).

¹⁰ Dentro de estos mecanismos de corte anglosajón cabe incluir además del *forum non conveniens*, que se expone en este trabajo: el *forum conveniens*, que permite al tribunal extender su competencia para conocer de un asunto aun cuando éste no esté muy vinculado con el foro, y las *antisuit injunctions*. Estas últimas son resoluciones judiciales acordadas por jueces anglosajones que contienen una prohibición dirigida a una parte para que no inicie un proceso ante otro tribunal, para la que va aparejada, en caso de incumplimiento una sanción. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 35-48.; M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas anti proceso (antisuit injunctions)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

¹¹ El origen de la doctrina del *forum non conveniens* en los EEUU se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 US 501, 506-505 (1947). La aplicación de dicha doctrina a los litigios internacionales se plantea por primera vez en el caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 U.S. 25 (1981), considerado el *leading case* de la doctrina moderna del *forum non conveniens* en los EEUU.

8. Para que se pueda aplicar la doctrina del *forum non conveniens* resulta necesario que concurran los siguientes requisitos: 1º) El juez debe de ser competente, esto es, ha de existir una norma de competencia previa que le faculte para entrar a conocer del asunto. 2º) Debe de haber un foro alternativo al que pueda dirigirse el demandante, extremo este que ha de probar el demandado. 3º) Se debe verificar que el segundo tribunal es competente para resolver el litigio, algo que la jurisprudencia norteamericana resuelve condicionando la concesión del *forum non conveniens* al sometimiento del demandado a la competencia del segundo tribunal¹². 4º) El foro alternativo ha de ser adecuado. Corresponde al tribunal decidir, apreciando los argumentos y pruebas presentadas por las partes y evaluando los intereses públicos y privados en juego, si considera que realmente el foro es adecuado o por el contrario el procedimiento ha de continuar. 5º) Finalmente, en caso de que se admita, el tribunal rechaza (*dismiss*) el conocimiento del asunto si bien bajo el cumplimiento de una serie de condiciones: a) que el demandado se someta a la competencia del segundo tribunal, tal y como se ha señalado anteriormente y; b) que en caso de que el tribunal alternativo decida no entrar a conocer del asunto, el primero retome el mismo¹³.

9. En el análisis de la doctrina del *forum non conveniens* juega un papel especialmente relevante la valoración que realice el juez del conjunto de factores de interés privado (*private interest factor*) y de interés público (*public interest factors*) concurrentes en el litigio. Aunque no existe un *numerus clausus* de tales factores, que deban de ser analizados siempre y en todo litigio, los más relevantes son los siguientes: a) en relación a los factores de interés privado, que afectan a los litigantes cabe incluir el acceso a los medios de prueba, existencia de un proceso obligatorio en caso de no comparecencia del demandado; coste del procedimiento, comparecencia de testigos, posibilidad de vista previa, adecuación del proceso a la acción, y todas aquellas cuestiones prácticas que hacen la resolución de un litigio más fácil, rápida y económica. Adicionalmente se puede tener en cuenta la posibilidad de ejecutar o no la sentencia si es que ésta se obtiene así como los obstáculos o ventajas para acceder a un juicio justo. b) Respecto a los factores de interés público, el tribunal debe considerar las dificultades administrativas, tales como la congestión de la justicia. Además no se debería imponer el deber del jurado a los ciudadanos cuando el litigio no tiene relación con la comunidad. Idea esta que se sustenta en el interés local de tener localizados las controversias que se deciden en el propio foro, en tanto que se les aplicará el propio derecho, evitando con ello la aplicación de las normas de conflicto y con ello el Derecho extranjero¹⁴.

10. Al margen de los intereses públicos y privados que concurran en el caso, existe otro factor determinante para la aplicación del *forum non conveniens*: que el demandante esté radicado o no en los EE UU. Cuando los demandantes están domiciliados en Estados Unidos y los demandados son extranjeros, existe una presunción favorable sobre la competencia de los tribunales norteamericanos. En el caso inverso, la presunción decae, siguiéndose una línea muy flexible. De tal forma que no se consideran factores determinantes para calificar al foro alternativo como inadecuado: a) ni el hecho de cambio de ley aplicable a no ser que el resultado que aporte sea totalmente insatisfactorio; b) ni la limitación de recursos procesales que existan en el ordenamiento del foro alternativo en relación a los establecidos en el derecho norteamericano¹⁵.

Esta última distinción determinante a la hora de aplicar el *forum non conveniens* ha sido muy criticada por la doctrina, especialmente en Europa¹⁶. La razón es obvia: a través de este expediente las

¹² Esta forma de solucionar la verificación de la competencia del segundo tribunal ha suscitado ciertas críticas doctrinales. No sin razón. Primero, porque habría que comprobar si la sumisión se admite como criterio de competencia judicial en el otro Estado, y segundo, en caso de que así fuese y teniendo en cuenta que se compele al demandante a interponer la demanda ante los tribunales de otro Estado, el sometimiento no sería válido por no ser voluntario. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

¹³ Sobre esta figura en los Estados Unidos en general, *vid.*: E. BARRET, «The Doctrine of Forum non Conveniens», 35 *Cal. L. Rev.*, 1947, pp. 380-421; G. B. BORN/D. WESTIN, *International Civil Litigation in United States Courts*, 2ª ed., Kluwer, 1992.; R. A. BRAND, «Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments», 37 *Texas Int'l L. J.*, 2002, pp. 467-498; P. HERZOG, «La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain: Un aperçu» *RCDIP*, 1976, pp. 1-40; B. SCHNEIDER, «Le forum non conveniens et le forum conveniens (en droit écossais, anglais et américain)», *RIDC*, 1975, pp. 602-642.

¹⁴ Vid. *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 US at 508-509.

¹⁵ Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 77-81.

¹⁶ Vid. C. BERNASCONI/A. GERBER, «La théorie du forum non conveniens –un regard suisse», *IPraxis*, 1994-I, pp. 3-10, esp. p. 5; J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial el exequatur*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 286-317, esp. p. 310.

empresas norteamericanas quedan inmunes por los hechos acaecidos en el extranjero pero que sin embargo les serían imputables según la ley interna norteamericana. De ahí que pueda afirmarse que una de las premisas que subyace en la alegación del *forum non conveniens* por parte del demandante radicado en EEUU sea la búsqueda de una ley aplicable más beneficiosa¹⁷.

11. En el caso que sirve de objeto a este trabajo, los familiares de las víctimas del accidente de aviación intentaron litigar en EEUU. De hecho interpusieron una demanda reclamando responsabilidad por daños contra todas aquellas empresas implicadas en la fabricación del TACS, entre ellas Honeywell y ACSS. Como era de esperar, las demandadas, todas con establecimiento principal en EEUU, alegaron la doctrina del *forum non conveniens* ante el *U.S. District Court of New Jersey*. Y dicho tribunal, decidió rechazar su competencia a favor de los tribunales españoles¹⁸.

Esto explica la importancia de la sentencia del JPI núm. 34 de Barcelona de 3 de marzo de 2010. En ella, como veremos más adelante, el tribunal español resuelve el asunto aplicando Derecho extranjero, concretamente el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho del Estado de *New Jersey*. Cabría pensar que dicha decisión supone un cambio en la configuración de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU. Pero para poder afirmarlo habrá que analizar la forma en que el juez español aplicó e interpretó el Derecho extranjero al caso concreto.

2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

12. Para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad no contractual, se ha de estar en primer lugar a lo que dispongan los instrumentos internacionales sobre esta materia, y en su defecto a lo establecido en las normas de producción interna contenidas en el art. 22 LOPJ (art. 96 CE y art. 21 LOPJ).

13. En este ámbito, existe una diversidad de Convenios internacionales y Reglamentos comunitarios que regulan la competencia judicial internacional en relación a sectores específicos. Concretamente por lo que respecta al transporte aéreo de pasajeros hay que mencionar el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional¹⁹. Dicho convenio sin embargo tiene por objeto regular la responsabilidad del transportista, dejando al margen la posible reclamación que se pudiera efectuar contra el fabricante.

¹⁷ Un claro ejemplo de esta situación ciertamente discriminatoria, se encuentra en el asunto *King v. Cessna Aircraft*, (11th Cir. March 27, 2009), 48 *ILM* 823 (2009). Se trató de una colisión de dos aviones ocurrida en el aeropuerto de Milán en la fallecieron 118 personas. Sesenta y nueve personas, demandantes europeos, decidieron litigar ante las autoridades estadounidenses y otros tantos, demandantes norteamericanos, también. Ante esta situación, el tribunal estimó el expediente del *forum non conveniens* a favor de las autoridades italianas para los demandantes europeos y no declinó su competencia para los demandantes norteamericanos. (Vid. Para un comentario de esta sentencia R. ALFORD, «Forum non conveniens an Foreign Plaintiff Treaty Rights», en <http://www.opiniojuris.org>).

¹⁸ Vid. *Faat v. Honeywell Int'l Inc.*, No. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005). El Tribunal de Distrito de New Jersey tuvo en cuenta a la hora de calificar como adecuado el foro alternativo, en este caso España, los factores de interés privado y de interés público presentes en el caso. Entre los primeros, fueron decisivos para rechazar la competencia del tribunal el hecho de que en España se hubiese iniciado ya un juicio contra la compañía aérea rusa, de tal forma que sería mucho más fácil acceder a los medios de prueba en aquél foro en tanto que toda la documentación estaba en poder ya del tribunal español. Además la obtención de pruebas en el extranjero resulta más fácil en España que en EEUU y finalmente, la mayoría de los testigos de cargo se encontraban en Europa y las compañías demandadas se habían comprometido a testificar en Europa. Respecto a los intereses públicos a tener en cuenta para fundamentar el *forum non conveniens* fue decisivo el siguiente: el mayor interés por parte de España en resolver el litigio en tanto que uno de los aviones siniestrados tenía por destino aquel país así como el hecho de que se hubiese iniciado un juicio contra la compañía aérea rusa.

¹⁹ BOE núm. 122, 20 de mayo de 2004, pp. 19035-19045. Las normas de competencia judicial internacional se encuentran recogidas en los arts. 33 y 49 del mencionado texto internacional. Señalar que también continúa estando en vigor para España, el Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (*Gaceta de Madrid*, núm. 233, de 21 de agosto de 1931). Dicho convenio internacional también contiene normas de competencia judicial internacional en los arts. 28 y 32.

Por tanto, el texto legal más importante para determinar el tribunal internacionalmente competente es el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reg. 44/2001)²⁰.

14. El Reg. 44/2001, que entró en vigor el 1 de marzo de 2002 (art. 76) se aplica en todos los Estados miembros de la UE para determinar la competencia judicial internacional en relación a litigios internacionales cuyo objeto principal sea una materia civil o mercantil. El Reg. 44/2001 está diseñado para aplicarse a litigios que están suficientemente conectados con la UE. Conexión esta que vendrá dada normalmente por el domicilio del demandado en un Estado miembro. No obstante, el propio Reg. 44/2001 prevé una serie de supuestos en los que podrá aplicarse el mismo sin que el demandado ni el demandante tengan su domicilio en un Estado miembro: caso de las competencias exclusivas (art. 22 Reg. 44/2001) y sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001)²¹.

En el caso que dio lugar a la sentencia objeto de este trabajo, la demanda se interpuso el 20 de abril de 2007, el objeto de la misma, —responsabilidad civil por daños—, era materia civil y mercantil a efectos del Reg. 44/2001, pero tanto los demandantes, —familiares rusos de las víctimas del accidente aéreo—, como los demandados —dos empresas con establecimiento principal en EEUU—, carecían de domicilio en España. Por tanto, y teniendo en cuenta que la materia sobre la que versaba el litigio no está reservada a los foros exclusivos de los tribunales de los Estados miembros de la UE (art. 22 Reg. 44/2001), la única norma que podía servir para atribuir competencia judicial internacional al tribunal español era el art. 24 Reg. 44/2001: sumisión tácita. De hecho, los codemandados no impugnaron la competencia.

15. Resulta llamativo que supuestos como éste, escasamente vinculados con territorio comunitario, puedan ser resueltos por los tribunales de los Estados miembros de la UE a través del juego de la sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001). Algo que ha sido duramente criticado por cierto sector de la doctrina²².

Es más, cuando los tribunales españoles sólo pueden fundar su competencia judicial internacional en la sumisión tácita de las partes y el demandado comparece sin impugnar la misma, no están obligados a controlar de oficio su competencia (art. 26.2 Reg. 44/2001; art. 36.2 LEC). De ahí que en la sentencia que comentamos, no haya ninguna referencia a la competencia judicial internacional.

16. Como ya se ha indicado las dos empresas demandadas no impugnaron la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, entre otras razones porque se habían comprometido ante el juez norteamericano a someterse a la jurisdicción española como condición a la concesión del *forum non conveniens* en EEUU. Lo que si hicieron los demandados antes de contestar a la demanda fue solicitar al tribunal español la suspensión del procedimiento por *conexidad internacional*, en virtud del art. 22 del Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²³.

²⁰ DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001.

²¹ Sobre el Reg. 44/2001, *vid.* en general: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares Granada, 2010, pp. 97-176 y la extensa bibliografía allí citada.

²² *Vid.* Sobre la polémica doctrinal existente en torno al domicilio de las partes como requisito de la sumisión tácita en el art. 24 Reg. 44/2001, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol I., 11ªed., Comares, Granada, 2010, pp. 155-156.

²³ BOE núm 251, 20 octubre 1994; corr. De errores BOE núm 8, 10 enero 1995. El Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 se celebró entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA). Está en vigor para España desde el 1 de noviembre de 1994. EL Convenio reproduce literalmente gran parte de las disposiciones del Convenio de Bruselas tiene por principal objetivo permitir a los países de la EFTA que no podían ser parte del Convenio de Bruselas, dado su carácter cerrado, beneficiarse del sistema de competencia judicial y ejecución del resoluciones instaurado por este último instrumento internacional. De ahí que al Convenio e Lugano se le conozca como Convenio paralelo. EL Convenio de Lugano sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega y Suiza entre sí y a las relaciones entre estos tres Estados con los Estados miembros de la UE. El Convenio de Lugano de 1988 ha sido sustituido

17. Con anterioridad a la demanda que dio lugar a la SJPI núm. 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, se había interpuesto otra demanda ante los tribunales españoles en reclamación de responsabilidad civil contra la compañía aérea rusa (*Bashkirian Airlines*) y la empresa privada encargada de gestionar el control aéreo en Suiza (*Skyguide*). Los jueces españoles se declararon competentes para conocer de la demanda contra el transportista, sobre la base del art. 28.1 Convenio de Varsovia, pero declinaron su competencia con respecto a la empresa suiza²⁴.

El art. 22 del Convenio de Lugano regula la cuestión de conexidad internacional. Por demandas conexas se entiende «las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente» (art. 22. 3 CLug)²⁵.

Se trata por tanto de una noción autónoma propia del Convenio que no tiene por qué coincidir con la que rija en el Derecho procesal interno de los Estados parte. Pero la noción propia de demandas conexas está condicionada por la noción propia de litispendencia, tal y como ha quedado configurada por el TJCE²⁶. Hasta tal extremo esto es así que se viene a decir que el concepto de litispendencia ha vaciado de contenido la conexidad. Se produce litispendencia cuando un mismo asunto con identidad de objeto, partes y causa se halla pendiente ante dos tribunales de distintos Estados. Si bien el TJCE ha entendido que la identidad de objeto tiene lugar no sólo cuando ambas demandas tienen el mismo objetivo sino también cuando tienen por objetivo pronunciamientos opuestos o incompatibles²⁷. Por tanto, existirán demandas conexas cuando los litigios estén relacionados entre sí pero no exista identidad de partes o identidad de causa.

Además, para que exista conexidad internacional a efectos del art. 22 CLug, las demandas deben de estar pendientes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados partes del CLug.; deben referirse a supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación material del CLug., y deben de estar pendientes en primera instancia.

El art. 22 CLug ofrece tres posibles soluciones a la cuestión de las demandas conexas. El tribunal ante el que se presenta la demanda posterior puede: 1º) suspender el procedimiento; 2º) inhibirse a favor del primero, siempre y cuando su ley permita la acumulación de asuntos conexos y de que el tribunal ante el que representa la primera demanda fuere competente para conocer de ambas y; 3º) continuar conociendo del asunto.

En este caso concreto, el tribunal español, se decantó por la tercera solución: decidió continuar conociendo sobre el fondo del asunto por auto de 10 de abril de 2008.

IV. Derecho aplicable y responsabilidad no contractual por productos defectuosos

18. Las normas españolas de DIPr más relevantes para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son: a) el Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)²⁸. Pero dicho Reglamento no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones

por el llamado Convenio de Lugano II, de fecha 30 octubre 2007, en vigor desde el 1 d enero de 2011 . El principal objetivo del Convenio de Lugano II es adaptar las disposiciones de dicho Convenio con las contenidas en el Reglamento 44/2001 (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 de noviembre de 2008). EL Convenio de Lugano II sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega, Dinamarca y Suiza entre sí, y en las relaciones entre estos cuatro Estados con los Estados de la UE.

²⁴ AP Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 90/2006 de 3 de marzo JUR\2009\176639.

²⁵ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I., 11ª ed., Comares, Granada, pp. 176-177.

²⁶ Para conseguir una interpretación uniforme de dicho convenio se celebró un Protocolo en el que se establece que se tendrá en cuenta por parte de los tribunales de los Estados partes la jurisprudencia del TJUE respecto al Convenio de Bruselas.

²⁷ STJE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, STJCE 8 mayo 2003, *Gantner*.

²⁸ DO núm. L 199, 31 julio 2007. *Vid. ad ex.*, sobre el Reg. Roma II: J. Ahern (Ed.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international regime*, Nijhoff, Leiden, 2009; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones contractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008; S. CORNELOUP (Dir.), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, LexisNexis

extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros. B) Existen también otros Convenios internacionales e instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos: daños nucleares, contaminación, accidentes de circulación por carretera. c) Finalmente, el art. 10.9 Cc español designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados ni por el Reglamento Roma II ni por otros Convenios ni textos legales internacionales²⁹.

19. En España, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de productos defectuosos no se rige ni por Reglamento Roma II ni por el art. 10.9 Cc, sino por el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor desde el 1 de febrero de 1989³⁰. Según el art. 28. 1 Reg. Roma II prevalecen sobre el Reglamento, los Convenios internacionales anteriores al mismo en que sean parte uno o más Estados miembro y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. Tal es el caso del Convenio de La Haya de 1973.

20. Se trata por tanto de analizar sucintamente como se soluciona el problema de la determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad por productos en ambos textos internacionales. Y ello con la finalidad de exponer la incidencia que cada uno de ellos pueda llegar a tener en la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU.

1. Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos

21. El Convenio de La Haya tiene por objeto determinar la Ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes de productos acabados o de componentes, productores de productos naturales, proveedores de productos y otras personas, comprendidos los reparadores y almacenistas, que intervienen en la cadena comercial de reparación y de distribución de un producto, por los daños causados por un producto (art. 1). No se aplica a los daños producidos por un producto si éste ha sido transferido al destinatario final por la persona a la que se imputa la responsabilidad. En este caso, dicha responsabilidad será contractual, y se regirá por la Ley aplicable al contrato de que se trata (art. 1).

22. El Convenio de La Haya de 1973 presenta carácter *erga omnes*, esto es, se aplica incluso si la Ley aplicable en virtud del Convenio no es la de un Estado contratante (Art. 11). Además se aplica con independencia de cual sea la jurisdicción o la autoridad que haya de conocer del asunto (art. 1).

23. El Convenio de La Haya contiene las siguientes normas para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de los productos: a) una regla general (art. 4); b) excepciones a la regla general (art. 5); c) una regla residual (art. 6), y d) una «cláusula de comercialización» que sirve para excepcionar todo el sistema (art. 7)³¹.

Lítec, Paris, 2008; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 octubre 2007.

²⁹ Conviene señalar que la Directiva 85/374/CEE sobre daños causados por los productos no contiene regla alguna sobre su aplicación a casos internacionales. Sólo armoniza las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre esta materia.

³⁰ BOE núm. 21, de 25 de enero de 1989. Estados parte: Croacia, Eslovenia, España, Ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Países Bajos y Serbia. Vid. M. DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, «El Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos»; ADC 1974, pp. 9221-940; G. ESTEBAN DE KA ROSA, «La Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español», RGD, núm 667, abril 2000, pp. 1-28; I. MILANS DEL BOSCH POTOLES, «La determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de los productos», en AA.VV, *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, pp. 453-461; E. C. TORRALBA MENDIOLA, *La responsabilidad del fabricante (aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria)*, Marcial Pons, Madrid, 1997; E. ZABALO ESCUDERO, «La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en Derecho internacional privado español», REDI, 1991, pp. 75-107

³¹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª ed., Comares, Granada, 842-844.

- a) *Regla general* (art. 4): la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada³².
- b) *Excepciones a la regla general* (art. 5). Se establecen dos: a) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, dicha Ley es aplicable; b) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, dicha Ley es aplicable.
- c) *Regla residual* (art. 6): Si no pudiera resultar de aplicación ni el art. 4 ni el art. 5, entonces, la cuestión se regulará por el Derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o por el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, a elección del demandante.
- d) «*Cláusula de comercialización*» (art. 7). En cualquier caso, no será aplicable ni la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiera producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto habría de comercializarse en el Estado de que se trate³³.

24. Corresponde regular a la Ley aplicable determinada en virtud del Convenio de La Haya las siguientes cuestiones: los requisitos y extensión de la responsabilidad; las causas de exención; así como cualquier limitación o partición de responsabilidad; la índole de los daños que puedan dar lugar a indemnización; las modalidades y alcance de la indemnización; la transmisibilidad del derecho a indemnización; las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan personalmente sufrido; la responsabilidad del principal por hechos de sus empleados; la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de la responsabilidad; las normas de prescripción y caducidad, fundamentadas en la expiración de un plazo, comprendido el inicio, la interrupción y la suspensión de los plazos (art. 8).

25. También resuelve el Convenio de La Haya un problema que puede suscitar la aplicación de la norma de conflicto: la *remisión a sistemas plurilegislativos* (art. 12). En este sentido, dispone el art. 12 que cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la determinación de la legislación aplicable.

26. En el asunto Honeywell, existía controversia entre las partes sobre la Ley aplicable al caso. En síntesis, la parte actora consideraba de aplicación el Convenio de La Haya de 1973, en la medida en que basa su demanda en la responsabilidad de las demandadas como diseñadoras, fabricantes, distribuidoras y vendedoras de un producto defectuoso, —el sistema TACS instalado en la aeronave siniestrada—. Contrariamente, ambas demandadas se opusieron a la aplicación de dicho Convenio porque sostenían que el sistema anticolidión TACS no tenía la consideración de producto defectuoso en el sentido del

³² Se trata de una norma de conflicto que para determinar el Derecho aplicable al supuesto utiliza un punto de conexión por agrupación (*Grouping of Contacts*). Esto es, el punto de conexión de la norma está compuesto por un grupo de contactos de la situación con un país. Este tipo de puntos de conexión permite aplicar la Ley del país más estrechamente conectado con el caso, evitando que sea el juez el que concrete dicha estrecha conexión. Es la propia norma de conflicto la que indica expresamente los estrechos contactos que debe presentar el caso con un país para que la ley de dicho país sea aplicable. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, 2010, pp. 247-248.

³³ Se trata de una «cláusula de previsibilidad» que facilita la exportación de productos, que se vería frenada en el caso de que la Ley de destino del producto fuera aplicable a la responsabilidad de un fabricante extranjero que no puede razonablemente saber ni controlar que los productos que elabora van a ser desplazados a determinados países. Ciertamente, un sector de la doctrina considera dicha cláusula incompatible con el Derecho de la UE, en tanto que comercializar un producto en el Estado miembro significa que el fabricante asume y conoce que el producto puede circular libremente por toda la UE.

citado texto convencional, a saber, el producto ha de ser peligroso, inseguro y además debe de existir una relación de causalidad entre el producto y el resultado dañoso. En ningún caso, cabe considerar como producto defectuoso aquél que no tiene utilidad para el uso al que se encuentra destinando.

27. El JPI núm. 34 de Barcelona considera de aplicación el CH. Y ello porque el objeto del citado texto convencional no es otro sino el de fijar la Ley aplicable a la responsabilidad por «*los daños causados por un producto, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo*» (art. 1 CH). No resulta necesario, por tanto, a efectos de aplicación del CH, que el producto sea o no defectuoso o que exista relación de causalidad entre el producto y el daño. Aspectos estos que constituyen el objeto del proceso y que han de ser apreciados conforme al Derecho al que conduzca la aplicación del CH. Por tanto, y a efectos, de determinar si el Convenio es o no aplicable basta que se ejercite una acción sobre la responsabilidad de los fabricantes de un producto acabado o de sus componentes que se considere defectuoso, por los daños que ese producto, en los términos del Convenio, haya causado. De modo que, en base a la Ley aplicable a la que conduzca el Convenio, la parte demandante ha de preparar su demanda y sus pretensiones concretas.

28. En cuanto a la determinación de la concreta norma de conflicto a seguir para resolver el litigio, el tribunal español descarta la alegación efectuada por las codemandas en torno al art. 5 b) CH. Argumento este que sustenta en la equiparación de producto con adquisición de billete y que es desestimado por el mencionado tribunal al considerar que el producto al que se refiere el artículo mencionado es aquel que se considera defectuoso y que eventualmente ha causado el daño por el que se exigen responsabilidades. Por tanto, no siendo de aplicación los artículos 4 y 5 del CH y no habiendo la parte actora basado su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiese producido el daño, -Derecho alemán-, se dan las condiciones previstas en el artículo 6 del Convenio, de modo que la Ley aplicable será la del Estado del establecimiento principal del fabricante, que no se discute por las partes es Arizona respecto a la codemandada ACSS y *New Jersey* respecto a Honeywell.

29. Respecto a la excepción de falta de legitimación activa, que sostienen las codemandadas en base a su petición de desestimación de la demanda, hay que tener en cuenta que el art. 8 del CH prevé la extensión del Derecho aplicable a una serie de materias, entre ellas la determinación de «*las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan personalmente sufrido*». Por tanto será el Derecho del Estado de Arizona y del Estado de New Jersey el que regule tal cuestión³⁴.

2. Reglamento Roma I y responsabilidad por productos

30. El texto legal más importante para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento Roma II. Dicho Reglamento unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en esta materia.

31. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia también de que la Ley aplicable sea la de un

³⁴ Según la Ley de Arizona la acción de muerte injusta que se ejercita contra la codemandada ACSS puede ser planteada por y en nombre del cónyuge superviviente, hijos o padres o en caso de ausencia de todos ellos, en representación del patrimonio del fallecido. Pues bien, teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas eran niños, serán beneficiarios los padres, y en el caso de los fallecidos mayores de la edad sus respectivos cónyuges supervivientes. Esto es también aplicable para la acción de daños punitivos. En relación con la Ley de *New Jersey*, la compensación económica por la muerte de una persona puede obtenerse a través de la acción de supervivencia (*Survival Action*) y/o la acción por muerte injusta (*Wrongful Death Action*). En este caso la parte actora ejerce contra Honeywell ambas acciones, además de la relativa a los *punitive damages*. Respecto a la acción por muerte injusta que busca la compensación por los daños pecuniarios sufridos por los familiares del fallecido como consecuencia de su pérdida, los beneficiarios se presume que son las personas beneficiarias de la herencia intestada del fallecido. En ausencia de esposa y/o hijos, serán los padres del fallecido quienes sean presumidos como beneficiarios de este derecho indemnizatorio.

Estado no miembro de la UE.. en consecuencia, las normas de DIPr de producción interna ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II (art. 3 Reg. Roma II). No obstante, prevalecen sobre el Reglamento aquellos Convenios internacionales anteriores concluidos entre Estados miembros y terceros Estados (art. 28 Reg. Roma II), siempre y cuando dichos convenios se hayan celebrado con anterioridad al 11 de julio de 2007, fecha de la adopción del Reglamento Roma II (Cons. 36 Reg. Roma II). Tal es el caso del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, que como ya se ha indicado con anterioridad está en vigor para diversos Estados miembros de la UE, entre ellos, España³⁵.

32. Por tanto, en estas líneas se trata de exponer someramente si en caso de haber sido aplicado el Reglamento Roma II, por haber estado ya en vigor y por haberse presentado la demanda ante un Estado miembro que no fuera parte del Convenio de La Haya de 1973, el resultado alcanzado en cuanto a la determinación de la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hubiese sido el mismo. Cuestión esta de especial relevancia al hilo de la sentencia de la que trae causa este trabajo, y la especial repercusión que la misma pueda alcanzar en la doctrina del *forum non conveniens* en los Estados Unidos.

33. El Reglamento Roma II establece un sistema general de puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 14 y 4 Reg. Roma II). Junto a este sistema general, el Reglamento Roma II incluye un abanico de reglas especiales que precisan la Ley aplicable a ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales (Cons. 14 Reg. Roma II). Por tanto, el sistema general no opera en relación con estos supuestos especiales sujetos a sus propias normas de conflicto, y entre los que se encuentra la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Art. 5 Reg. Roma II)³⁶.

Tal y como se establece en el mencionado precepto, la Ley reguladora de los daños causados por productos será la siguiente: a) En primer lugar, la Ley de la residencia habitual común de las partes, en los términos establecidos en el art. 4.2 Reg. Roma II. b) En su defecto, la Ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país. c) En defecto del criterio anterior, la Ley del país en que se adquirió el producto, si éste se comercializó en dicho país. d) En su defecto, la Ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. e) No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si este sujeto no pudo prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c) del art. 5 Reg. Roma II. f) «*Cláusula de escape*». Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art.5 1 Reg. Roma II, se aplicará la Ley de este otro país (art. 5. 2 Reg. Roma II)³⁷.

34. La aplicación del art. 5 del Reglamento Roma II a los supuestos de reclamación por parte de demandantes extranjeros —comunitarios o no comunitarios— contra compañías norteamericanas por daños derivados de productos defectuosos en el ámbito de los accidentes de aviación, no conduce —a diferencia del Convenio de La Haya— a Ley del país donde tales empresas tienen su establecimientos principal. Teniendo en cuenta que el art. 5 Reg. Roma II utiliza puntos de conexión jerarquizados, lo habitual será aplicar la Ley del país en el cual la persona perjudicada tenga su residencia habitual, salvo que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrecho con otro país. En otras palabras, será difícil que estos casos queden regulados por el Derecho de EEUU.

35. Por tanto, a la luz de las consideraciones anteriores cabe afirmar que el Reglamento Roma II refuerza la doctrina del *forum no conveniens* en tanto que ésta seguirá siendo alegada por las empresas

³⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, op. cit., pp. 83-140

³⁶ También se establecen normas especiales para los siguientes supuestos: a) competencia desleal y actos que restrijan la libre competencia (art. 6 Reg. Roma II); b) Daño medioambiental (art. 7 Reg. Roma II); c) Infracción de los derechos de propiedad intelectual (Art. 8); d) Acción de conflicto colectivo (art. 9); e) Enriquecimiento injusto (Art. 10); e) Gestión de negocios ajenos (Art. 11) y; f) Culpa in contrayendo (art. 12).

³⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, op. cit., pp. 185-188.

norteamericanas con la finalidad de escapar a la aplicación de su propio Derecho, y encontrar un ordenamiento jurídico más *laxo* en cuanto a indemnizaciones por daños derivados de productos defectuosos. Objetivo este que se ve alcanzado con la aplicación del mencionado texto comunitario.

V. Aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles

36. Cuando la norma de conflicto española ordena la aplicación de Derecho extranjero a un litigio por parte del tribunal español, surge la cuestión del tratamiento procesal de tal Derecho extranjero dentro del proceso que se sigue en España.

37. La regulación actual de la alegación y prueba del Derecho extranjero se encuentra en el art. 281.2 LEC. Dicho precepto indica lo siguiente: 1º) El Derecho extranjero debe ser probado; 2ª) Ha de probarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero; 3º) Como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero el tribunal puede utilizar los medios de averiguación del Derecho extranjero que considere necesarios para su aplicación (art. 281.2 LEC); 4º) EL Derecho extranjero no es un hecho procesal.

38. En cualquier caso, nada dice el art. 281.2 LEC sobre determinados aspectos de especial importancia como: 1º) El régimen jurídico de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias de una falta de alegación del mismo; 2º) El momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero; 3º) La lista de medios de prueba del Derecho extranjero a utilizar por las partes; 4º) Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero; 5º) Las consecuencias de la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero. Por tanto, deberán ser los tribunales españoles los que proporcionen respuestas a las cuestiones no reguladas en la LEC. Nada que objetar al respecto si no fuese porque no existe a día de hoy una línea jurisprudencial ni doctrinal uniforme al respecto, con la consiguiente inseguridad jurídica que se deriva de ello.

39. La sentencia del JPI núm. 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 es fiel reflejo de ello. Y ello, por dos razones: de un lado por los argumentos utilizados por los demandados en su escrito de oposición a la demanda en este aspecto concreto, y de otro, por la aplicación que realiza el juez español del Derecho extranjero al caso concreto.

40. Respecto al primero de ellos, baste recordar que según los demandados procedía aplicar a este caso concreto el Derecho alemán, ordenamiento jurídico al que conduce art. 10.9.1 Cc español, -según el cual, las obligaciones no contractuales se regirán por «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven». En cualquier caso, y en el supuesto de que se aplicase el Convenio de La Haya, no sería aplicable el Derecho de los Estados de Arizona y New Jersey sino la legislación rusa de conformidad con el art. 5 b) CH. Sin embargo, y según los demandados, ante la falta de alegación y prueba del derecho extranjero, —Derecho alemán o Derecho ruso—, solicitan la desestimación de la demanda o alternatively la aplicación del Derecho español.

41. Tras esta argumentación jurídica, que busca escapar por todos los medios a la aplicación del Derecho norteamericano, late el problema del *régimen de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias jurídicas de la falta de alegación* en Derecho internacional privado español. Respecto a este extremo el legislador guarda silencio. Esta laguna está siendo colmada por los tribunales españoles de diferente manera: a) bien desestimando la demanda, cuando las partes fundamentan sus pretensiones en un Derecho distinto de aquél que rige el supuesto con arreglo a la norma de conflicto española (art. 218 II LEC; art. 12.6 Cc español), b) bien aplicando el Derecho español, solución esta apoyada por el TS durante más de un siglo³⁸.

³⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, pp. 317-349.

Pero, en este caso concreto, resultaba de aplicación el Convenio de La Haya de 1973, tal y como quedó confirmado por el JPI, y más concretamente el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho del Estado New Jersey (art. 6 CH). Y conforme a tales sistemas legales fundamentó la parte actora su pretensión.

42. Ahora bien, el Derecho extranjero debe probarse. Al tratarse de una cuestión procesal, ésta queda regida por la Ley que rige el proceso (art. 3 LEC. *Lex fori Regit Processum*). En consecuencia, sólo cabe utilizar los *medios de prueba* admitidos en el Derecho español cuando se trata de probar el Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Ahora bien, el art. 281. 2 LEC no especifica qué concretos medios de prueba deben o pueden emplearse para probar el Derecho extranjero, existiendo en este sentido plena libertad de medios probatorios. Por tanto, pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Las partes no están obligadas a utilizar varios mecanismos de prueba cumulativamente, ni a emplear determinados medios de prueba. Si bien en la práctica, los medios de prueba más utilizados por los particulares son los documentos públicos (art. 317 LEC)³⁹ y/o la prueba pericial consistente en un informe elaborado por expertos en el Derecho extranjero (art. 335 LEC). También cabe que las partes recurran a un testigo-perito o *Expert Witness* (art. 370.4 LEC). Para acreditar el Derecho extranjero en el asunto Honeywell, las partes recurrieron a informes de expertos y al testimonio de peritos.

43. Respecto al *objeto de la prueba del Derecho extranjero*, el art. 281.2 LEC sólo indica que hay que probar el contenido y la vigencia. Extremo este que ha hecho surgir dos tesis: a) *Tesis de la prueba mínima*. Según esta, debe probarse exclusivamente el contenido y vigencia, tal y como indica el art. 281.2 LEC. b) *Tesis de la prueba exhaustiva*. Si la intención del legislador es que el juez español aplique Derecho extranjero tal y como lo haría el juez extranjero, debe exigirse un aprueba exhaustiva del Derecho extranjero, sólo así se podrá garantizar que el juez español falle el asunto del modo más aproximado a cómo lo haría el tribunal de ese Estado extranjero. Para conseguir tal objetivo resulta necesario acreditar junto al contenido y vigencia del Derecho extranjero, la aplicabilidad al caso concreto y la interpretación concreta de sus normas⁴⁰.

44. Pues bien, en la sentencia del JPI núm 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, el juez español resuelve aplicando al caso concreto: responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos- el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho de Estado de New Jersey-, pero lo hace de forma distinta a como lo hubiese aplicado un juez en aquellos dos Estados de EEUU. El tribunal español, en este caso concreto, se decanta por la tesis de la prueba mínima, e interpreta y aplica el Derecho extranjero sin tener en cuenta cómo hubiese actuado un tribunal norteamericano en tal supuesto. Esto explica que a pesar de aplicar Derecho de EEUU en materia de daños, se viese rebajada sustancialmente la cantidad económica reclamada en concepto de indemnización. Y ello porque el juez español consideró fundamental a la hora de aplicar los sistemas legales considerados el medio de vida existente en Rusia, país de residencia habitual de los familiares de las víctimas.

Nos llegan noticias desde el otro lado del Atlántico que afirman que de haber conocido de este asunto un tribunal norteamericano y de haberse aplicado el Derecho de aquel país, la indemnización reclamada por los familiares de las víctimas hubiese sido mucho mayor⁴¹. Dato que sólo cabría confirmar desde España mediante una prueba exhaustiva del Derecho extranjero.

³⁹ Los documentos públicos (art. 317 LEC) más utilizados en la práctica forense para acreditar el Derecho extranjero son: 1º) Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España, que deben presentarse legalizados y traducidos a idioma oficial español (art. 323.3 y art. 144 LEC); 2º) Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se trata de probar.

⁴⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, granada, pp.334-336.

⁴¹ Vid. S. STEGICH/J. E. DEMAY, «Bashkirian Airlines Flight 2937-DHL Airways Flight 611 Mid-Air Collision: A Spanish Court applies U.S. Law to determine liability and damages – A paradigm shift as to *Forum non conveniens* or much ado about nothing?», *Condon & Forsyth LLP*, Special edition Spring 2010, <http://www.condonlaw.com>

VI. Conclusiones

45. La doctrina del *forum non conveniens* tal y como ha quedado configurada en EEUU presenta ventajas e inconvenientes. Como aspectos positivos cabe destacar que se trata de un mecanismo corrector de las normas de competencia judicial internacional, de tal forma que permite a los tribunales de un Estado declinar su competencia a favor de la jurisdicción de otro país más vinculado con el asunto. También actúa como límite al *Forum Shopping*, sirviendo como mecanismo de defensa al demandante. Pero al mismo tiempo presenta inconvenientes, especialmente en un ámbito muy concreto: los accidentes de aviación y la responsabilidad por productos defectuosos. La doctrina del *forum non conveniens* protege a los demandados con domicilio en aquel país frente a demandantes extranjeros. Sirve en definitiva para escapar de la aplicación del Derecho del foro a sabiendas que una vez interpuesta la demanda ante los tribunales de otro Estado, éstos aplicarán sus propias normas de conflicto que remitirán la regulación del asunto a un ordenamiento jurídico que con toda probabilidad no será el de EEUU.

46. Este aspecto negativo de la doctrina del *forum non conveniens* lejos de ser mitigado por el actual Derecho internacional privado comunitario, y más concretamente por el Reg. 44/2001 y el Reglamento Roma II, resulta reforzado. En cuanto al primero de ellos, baste señalar que la no exigencia de conexión con territorio comunitario como requisito de aplicación del foro de sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001) otorga competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros, permitiéndose con ello que un litigio poco o nada vinculado con la UE sea resuelto por nuestros órganos jurisdiccionales, e impidiéndose al mismo tiempo con ello que el asunto retorne al tribunal de EEUU que concedió el *forum non conveniens*. Algo que no deja de ser cuando menos paradójico: queremos para nosotros lo que otros no quieren para sí mismos.

47. Cabría esperar que aún siendo competentes los tribunales de los Estados miembros de la UE para conocer de este tipo de litigios en base al foro de sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001), éstos terminaran aplicando el Derecho de EEUU al fondo del asunto. Con ello quedaría limitado ese aspecto negativo de la doctrina del *forum non conveniens*. Algo que no sucede con el actual art. 5 Reg. Roma II. Sólo aquellos Estados miembros de la UE que son parte del Convenio de La Haya de 1973,- Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo y Países Bajos-, podrían, en tales supuestos, terminar aplicando el Derecho de EEUU (art. 6 CH). Esto supondría indudablemente un cambio en la configuración de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU, en tanto que quedaría frustrado el principal objetivo de alegación de dicha doctrina por parte del demandante/s con domicilio en EEUU: escapar de la aplicación de la *lex fori* en materia de responsabilidad por daños.

48. Precisamente es en este contexto donde se sitúa la SJPI núm 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010. Los tribunales españoles aplican en un caso de responsabilidad no contractual por productos defectuosos contra dos empresas con establecimiento principales EEUU, Derecho norteamericano, —Derecho de Arizona y Derecho de New Jersey—, (art. 6 CH). Esta sentencia podría haberse convertido en un hito respecto a la configuración del *forum non conveniens* en EEUU, de no haber sido por la aplicación que del Derecho extranjero realiza el juez español al supuesto concreto.

En cualquier caso, dicha decisión está pendiente de recurso de apelación. Solo el tiempo dirá si estamos ante una auténtica revolución o por el contrario nada ha cambiado.